

Justicia pronta y cumplida: Desjudicialización de los divorcios y separaciones judiciales por mutuo consentimiento, por parte de la autoridad judicial competente, donde no existe disposición relativa a las personas menores de edad interesadas

Gerardo Antonio Blanco Villalta (*)
Fernando Jacobo Portuquez (*)

Synopsis:

1. Introducción
2. Concepto de matrimonio.
3. Divorcio, concepto, causales.
4. Autonomía de la voluntad de disolver el vínculo matrimonial.
5. Concepto de separación judicial.
6. El contenido del convenio.
7. Función judicial actual (problemática)
8. Función y responsabilidad del notario público.
9. Propuesta
10. Conclusiones.

1. Introducción:

En Costa Rica, la familia tiene una protección especial por parte del ordenamiento jurídico, naciendo dicha protección en el Título V, Derechos y Garantías Sociales, de la Constitución Política, según disponen los artículos 51, 52, 53, 54 y 55. Igualmente, en el Código de Familia en sus artículos 1, 2, 3, 4 y 5. En donde, se retoma e integra en la ley común los derechos constitucionales relativos a la obligación del Estado de proteger a la familia, el interés de los hijos y, la igualdad de derechos y deberes de los cónyuges, instaurándolos como principios fundamentales para la aplicación del Código de Familia.

En el artículo 5 del Código de Familia, retoma la obligación del Patronato Nacional de la Infancia de velar por la protección de las madres y las personas menores de edad, obligando a tener como parte al Patronato Nacional de la Infancia en todo aquel proceso judicial que conozca algún asunto en que se pueda ver afectada una persona menor de edad interesada.

Por tal motivo, el presente artículo, teniendo en cuenta lo dicho anteriormente, expone una propuesta novedosa que puede traer consigo un beneficio múltiple, tanto para la familia, como para el Poder Judicial. Al proponer, evitar el trámite judicial de la homologación del Divorcio por Mutuo Consentimiento ante el Juez o Juzgadora del Juzgado de Familia. A continuación el desarrollo de esta idea:

2. Concepto de matrimonio.

Es menester consignar la siguiente definición de matrimonio, expuesta por Eduardo Zanoni en su obra: "Derecho Civil, Derecho de Familia", en donde dicho autor señala el siguiente concepto de matrimonio:

"El concepto se capta de una noción fundamentalmente sociológica. El matrimonio es, en efecto, una institución social, en tanto está gobernada por normas

(*) Juez 3 de Familia y Penal Juvenil.
(*) Juez 3 de Familia y Penal Juvenil.

institucionalizadas, o sea, en tanto en cuanto “marido”, “mujer”, y también los “hijos”, conceptualizan posiciones sociales o roles que constituyen expectativas del sistema social íntegro para la consecución de funciones que le son propias 1. De este modo, “los hechos del impulso sexual y de la procreación..., en lugar de quedar librados al azar de los meros factores biológicos y psíquicos, por el contrario, merced de la institución de la familia, son encasados y regulados” (Zanoni, E. 1989: 11)

Por su parte, el artículo 11 del Código de Familia retoma el principio constitucional establecido por la primera parte del artículo 52 de nuestra norma pétrea, determinando que el objeto del matrimonio es la vida común, la cooperación y el mutuo auxilio, siendo nula toda condición contraria a dichos fines, según establece el artículo 12 del Código de Familia, así como el incumplimiento de las formalidades y los fines esenciales establecidos por el artículo 12 bis del último cuerpo normativo citado, que igualmente producen la nulidad del acto.

3. Divorcio, concepto, causales

Expuesta la figura del matrimonio, es menester detallar el concepto de divorcio, expuesto por el jurista costarricense, Doctor Gerardo Trejos Salas, como lo siguiente: “disolución en vida de los cónyuges, de un matrimonio válidamente contraído” (Cfr. Trejos Salas, G. 2010: X).

Existe el divorcio contencioso y aquel que no lo es. El divorcio contencioso es aquel método jurídico necesario para obtener la disolución del vínculo matrimonial ante la ausencia de la voluntad del otro cónyuge, fundamentado en las causales legalmente establecidas. Respecto al divorcio consentido, Layleen Cecilia Yee Urbina define al divorcio por mutuo consentimiento de la siguiente manera:

“Respecto al mutuo consentimiento, se indica que es una de las causales para solicitar el divorcio y consiste en la voluntad común de los cónyuges de finalizar con su matrimonio (sea o no que exista otro motivo), por lo que ambos tienen la facultad de ponerse de acuerdo en la forma en que se van a distribuir sus bienes, y de decidir sobre la guarda, crianza y todo

lo relativo a los hijos que hayan procreado (...) La figura del mutuo consentimiento como causal de divorcio, se remota a los tiempos antiguos, pues en civilizaciones como Grecia o Roma, se conoció su aplicación como fundamento para divorciarse (...) En Costa Rica, podemos situar el origen de la figura del divorcio en el Código General de 1841, promulgado en la administración de Braulio Carrillo, legislación que tenía una fuerte influencia del Código Napoleónico...” (Cfr. Yee Urbina, L. C. 2003: 141)

Respecto a la disolución del vínculo matrimonial, el capítulo VII del Código de Familia, en su artículo 48, establece las ocho causales taxativas a efecto de lograr dicha disolución, considerándose las primeras cuatro de ellas, causales sanción, así denominadas debido a que la consecuencia de la determinación de alguna de ellas, implica la falta de uno de cónyuges a las obligaciones matrimoniales, cuya determinación conlleva la declaración de uno de los cónyuges como culpables de incurrir en alguna de las causales, sancionando al cónyuge culpable con pérdida del derecho de alimentos respecto del cónyuge inocente y la posible condena al pago de daños y perjuicios ocasionados, salvo la causal de adulterio, sobre la cual el artículo 48 bis ibídem, omite pronunciamiento, haciendo necesario fundamentar la pretensión de daños y perjuicios en el numeral 1045 del Código Civil, como consecuencia del daño causado al consorte inocente. Por consiguiente, las causales sanciones son:

- “1) El adulterio de cualquiera de los cónyuges;*
- 2) El atentado de uno de los cónyuges contra la vida del otro o de sus hijos;*
- 3) La tentativa de uno de los cónyuges para prostituir o corromper al otro cónyuge y la tentativa de corrupción o la corrupción de los hijos de cualquiera de ellos;*
- 4) La sevicia en perjuicio del otro cónyuge o de sus hijos;”*

Estas primeras cuatro causales, obligatoriamente deben ser demostradas dentro del proceso de divorcio a través de los medio de prueba legales pertinentes. Por su parte el artículo 49 del Código de Familia, establece el plazo de caducidad con el que cuenta el cónyuge inocente para alegar alguna o varias de las causales en estudio, siendo este plazo de un año que inicia a partir del momento en que tuvo conocimiento

de los hechos. El segundo grupo de causales para obtener la disolución del vínculo matrimonial, escapan a un plazo determinado de caducidad para alegarlas, y son conocidas como causales remedio, por carecer de sanción para el cónyuge que desplegara los hechos constitutivos de las mismas, literalmente dicen:

“5) La separación judicial por un término no menor de un año, si durante ese lapso no ha mediado reconciliación entre los cónyuges;

(Así reformado este inciso de acuerdo con la anulación parcial ordenada por resolución de la Sala Constitucional N° 3951 del 24 de febrero de 2010.)

6) La ausencia del cónyuge, legalmente declarada; y

7) El mutuo consentimiento de ambos cónyuges.

El divorcio por mutuo consentimiento deberá presentarse al Tribunal el convenio en escritura pública en la forma indicada en el artículo 60 de esta ley. El convenio y la separación, si son procedentes y no perjudican los derechos de los menores, se aprobarán por el Tribunal en resolución considerada; el Tribunal podrá pedir que se complete o aclare el convenio presentado si es omiso, oscuro en los puntos señalados en este artículo de previo a su aprobación.

(Así reformado por el artículo 1° de la ley N° 5895 de 23 de marzo de 1976) (Así reformado el inciso anterior, mediante resolución de la Sala Constitucional N° 16099-08 del 29 de octubre del 2008.)

8) La separación de hecho por un término no menor de tres años.

(Así adicionado este inciso por el artículo 2 de la ley No.7532 del 8 de agosto de 1995)”

La primera de ellas, faculta la disolución matrimonial tras la constatación de la separación judicial de los cónyuges, durante un período no menor a un año, sin que hubiese mediado reconciliación entre los cónyuges. La separación judicial debe ser demostrada mediante documento idóneo y en caso de oposición, deberá demostrarse además que no ha existido reconciliación entre los cónyuges. Sin embargo, la causal que produjo la separación judicial, se mantendrá para el divorcio, es decir, si se decretó la separación judicial por alguna de las causales sanción para la disolución del vínculo matrimonial, por esa misma causal será disuelto el vínculo matrimonial, con la consecuente sanción.

La sexta causal para el divorcio, es la declaración judicial de la ausencia de uno de los cónyuges, para lo cual se debe presentar certificación que acredite la firmeza de la resolución judicial que declare la ausencia del cónyuge ausente.

Seguidamente, la última causal de divorcio, sea la separación de hecho de los cónyuges por un período no menor a tres años, el plazo establecido de la separación de hecho, debe haberse superado al momento de la interposición de la demanda y en caso de oposición, debe demostrarse la separación y que supera el plazo establecido. Sin embargo, al determinar únicamente el plazo de la separación, no interesa el motivo de esta y si ese motivo es o no constitutivo de alguna otra de las causales, sanción o remedio, lo que no faculta la pérdida del beneficio alimentario para ninguno de los consortes.

4. Autonomía de la voluntad.

La autonomía de la voluntad, se desarrollo en la jurisprudencia en el pronunciamiento constitucional, número 16099-08, de las ocho horas treinta y cuatro minutos del veintinueve de octubre del año dos mil ocho, el cual declaró la inconstitucionalidad del plazo de tres años después de verificado el matrimonio para que los cónyuges se divorciaran por mutuo consentimiento y de dos años para la separación judicial por mutuo acuerdo, decisión fundamentada en el principio de autonomía de la voluntad, siendo ilegal obligar a las personas a mantener un matrimonio que no desean.

Por otra parte, la autonomía de la voluntad también requiere de compromiso con respecto a lo acordado, en aplicación del artículo 1022 del Código Civil, tal y como se muestra en la siguiente cita:

“Lo convenido por los cónyuges en el convenio de divorcio o de separación judicial ante notario tiene fuerza de ley –es ley entre las partes- y los obliga a cumplir lo acordado. Su incumplimiento puede dar lugar al reclamo de daños y perjuicios”. (Trejos Salas, G. 2011: 173).

No obstante, por aplicación del artículo 842 del Código Procesal Civil, puede existir oposición al convenio de divorcio o separación judicial cuando exista vicio de consentimiento de alguno de los cónyuges al momento de firmar el convenio.

5. Concepto de separación judicial:

El Diccionario Jurídico Elemental de Guillermo Cabanellas de las Cuevas, 2006, define la separación de la siguiente forma:

“Separación:

Alejamiento. / División. / Pérdida de contacto. / Interrupción de la vida conyugal, sin ruptura del vínculo, por acto unilateral de uno de los cónyuges, por acuerdo mutuo o por decisión judicial. / Independencia patrimonial de los cónyuges como régimen matrimonial de bienes. / Situación resultante de disolver la sociedad conyugal de bienes en la vida de ambos consortes. / DE CUERPOS. Interrupción, de hecho o de Derecho, de la cohabitación entre los cónyuges, entendida como acceso carnal y como unidad de domicilio, a consecuencia de la nulidad del vínculo, de la discrepancia personal o de una causa forzosa, como la condena a resolución o prisión; si bien en alguno sistemas penitenciarios modernos tiende a atenuarse la “incomunicación corporal” los consortes.”
El subrayado es propio. (Cabanellas Cuevas, G. 2006: 345)

De la anterior definición, se concluye el concepto de separación como la *“Interrupción de la vida conyugal, sin ruptura del vínculo, por acto unilateral de uno de los cónyuges, por acuerdo mutuo o por decisión judicial”*.

En síntesis, la principal diferencia entre la separación judicial y el divorcio, es que el segundo disuelve el vínculo matrimonial que une a los cónyuges, extinguiendo los deberes establecidos entre ellos con el matrimonio, incluso el deber alimentario, de ahí la importancia de establecer claramente si este derecho se mantiene o si se renuncia a él, en caso de disolver el vínculo matrimonial por mutuo consentimiento, y en caso de hacerlo por la vía contenciosa, es vital el determinar en sentencia si dicha obligación persiste para alguno o ambos cónyuges, según la causal por la que disponga el divorcio. Por su parte, la separación es

una autorización con el fin de faltar a algunos deberes de los establecidos por el matrimonio, sin disolver este instituto, conservándose, entre otros, la fidelidad y el muto auxilio, por ello no es posible disponer de la terminación de la obligación alimentaria en la separación judicial, esto según establece el artículo 62 del Código de rito.

Consecuentemente con el tema, el artículo 58 del Código de Familia, establece las causales mediante las cuales se puede declarar la separación judicial de los cónyuges, el cual literalmente dice:

“ARTICULO 58.-

Son causales para decretar la separación judicial entre los cónyuges:

- 1)** *Cualquiera de las que autorizan el divorcio;*
- 2)** *El abandono voluntario y malicioso que uno de los cónyuges haga del otro;*
- 3)** *La negativa infundada de uno de los cónyuges a cumplir los deberes de asistencia y alimentación para con el otro o los hijos comunes;*
- 4)** *Las ofensas graves;*
- 5)** *La enajenación mental de uno de los cónyuges que se prolongue por más de un año u otra enfermedad o los trastornos graves de conducta de uno de los cónyuges que hagan imposible o peligrosa la vida en común;*
- 6)** *El haber sido sentenciado cualquiera de los cónyuges a sufrir una pena de prisión durante tres o más años por delito que no sea político.*
La acción sólo podrá establecerse siempre que el sentenciado haya permanecido preso durante un lapso consecutivo no menor de dos años;
- 7)** *El mutuo consentimiento de ambos cónyuges; y*
- 8)** *La separación de hecho de los cónyuges durante un año consecutivo, ocurrida después de dos años de verificado el matrimonio.”*

Esta lista de causales establecidas, faculta al cónyuge inocente a solicitar la separación judicial por las causales previstas en el los primeros cuatro incisos de dicho numeral, encabizando este listado se encuentra cualquiera de las causales válidas para solicitar la disolución del vínculo matrimonial. Como segunda causal establece el abandono voluntario y malicioso que uno de los cónyuges haga al otro, asistido del

derecho para invocar la causal y así obtener la separación judicial, aquel cónyuge que no incurrió en la causal, recayendo en el cónyuge accionado, supuesto responsable de haber abandonado voluntaria y maliciosamente a su consorte, la responsabilidad o la carga de la prueba de demostrar a la autoridad judicial, mediante los medios de prueba legalmente válidos, que no incurrió en los hechos constitutivos de la causal, o sea, si hizo abandono, demostrar que no fue voluntario y maliciosos, sino que tuvo fundamento de necesidad para haber faltado a los deberes matrimoniales.

La tercera causal para la separación judicial es la negativa infundada de uno de los cónyuges a cumplir con los deberes de asistencia y alimentación para con el otro o los hijos comunes, causal que en principio debe ser demostrada a la autoridad judicial. Al igual que las cuarta, quinta y sexta causal.

La séptima causal el mutuo consentimiento de los cónyuges, será desarrollada en detalle en este artículo. Por su parte, la octava y última causal establecida, sea la separación de hecho por un período de tiempo determinado, al igual que su homóloga para la disolución matrimonial, ha sido objeto de variación jurisprudencia constitucional número 16099-08, de las ocho horas treinta y cuatro minutos del veintinueve de octubre del año dos mil ocho, lo que ha ocasionado una paridad, con la disolución del vínculo matrimonial, con respecto a la ausencia del plazo tras el matrimonio, que faculte a los cónyuges para solicitar la separación judicial por mutuo consentimiento y la demostración de la causal por un período de tiempo de separados, considerando el silencio de la parte accionada como manifestación de voluntad suficiente para decretar la separación judicial esperada.

6. El contenido convenio:

Debe entenderse por convenio de divorcio o separación judicial, lo siguiente:

“En el divorcio por mutuo consentimiento se mezclan claramente un **acuerdo de principio** (la decisión de divorciarse o de separarse) y otros acuerdos plasmados en la escritura pública elaborada por el notario cuyo

objeto es regular los efectos y las consecuencias del divorcio o de la separación judicial...”. (Trejos Salas, G. 2008: 162).

En cuanto al fundamento legal, del divorcio y la separación judicial por mutuo consentimiento, encuentra su asidero legal y fundamento procesal en los artículos 48 inciso 7 y 58 inciso 7 del Código de Familia, respectivamente, numerales que facultan a los cónyuges a alcanzar por medio del mutuo acuerdo la disolución del vínculo matrimonial o la separación judicial. Así las cosas, el último párrafo del artículo 48 ibídem, señala que:

“El divorcio por mutuo consentimiento deberá presentarse al Tribunal el convenio en escritura pública en la forma indicada en el artículo 60 de esta ley. El convenio y la separación, si son procedentes y no perjudican los derechos de los menores, se aprobarán por el Tribunal en resolución considerada; el Tribunal podrá pedir que se complete o aclare el convenio presentado si es omiso, oscuro en los puntos señalados en este artículo de previo a su aprobación.”

Reza el último párrafo del artículo 48 del Código de Familia, literalmente citado que, serán procedentes los acuerdos tendentes a la disolución del vínculo matrimonial, que no perjudiquen los derechos de las personas menores, al parecer único tema forzoso a tutelar por la autoridad judicial, temas tópicos en los cuales los cónyuges encuentran limitada su voluntad al hecho que no sean perjudicadas las personas menores de edad interesadas. Idéntico enunciado contiene el párrafo último del artículo 60 de dicho cuerpo normativo, el cual establece la misma reserva tendente a la protección del interés de las personas menores de edad y a la obligación de someter a homologación ante la autoridad judicial competente, los acuerdos alcanzados en escritura pública tendientes la separación judicial.

Dicho numeral faculta a los esposos para solicitar ante el Tribunal competente para conocer la materia de familia, por medio de escritura pública, que se suscribe en sede notarial, el divorcio o la separación judicial, documento público que debe disponer sobre siguientes puntos:

“1) A quién corresponde la guarda, crianza y educación de los hijos menores;

2) ¿Cuál de los dos cónyuges asume la obligación de alimentar a dichos hijos o la proporción en que se obligan ambos?;

3) Monto de la pensión que debe pagar un cónyuge al otro, si en ello convinieren;

4) Propiedad sobre los bienes de ambos cónyuges.

Este pacto no valdrá mientras no se pronuncie la aprobación de la separación.

Lo convenido con respecto a los hijos podrá ser modificado por el Tribunal.”

Por su parte, el Código Procesal Civil, en su Capítulo Tercero, a partir del artículo 839, establece las disposiciones a observar en torno al divorcio y la separación judicial por mutuo consentimiento y la obligación de acompañar la escritura con las certificaciones de matrimonio y de nacimiento de los hijos menores. Capítulo que da inicio con los requisitos que debe contener el convenio de los cónyuges, en escritura pública, siendo estos idénticos a los requisitos establecidos por el numeral 60 del Código de Familia, mismo que al final establece parámetros mínimos que serán tutelados en cumplimiento por parte de la autoridad judicial ante quien se someta la homologación el convenio donde se plasmen los acuerdos de separación judicial y divorcio por mutuo consentimiento.

Siguiendo con el análisis normativo, en el mismo capítulo Tercero del Código Procesal Civil, estableciendo requisitos procesales al convenio de divorcio en escritura pública y su contenido. Así, en el artículo 840 de dicho cuerpo normativo, se indica el requisito de solicitar la homologación del acuerdo, por parte de ambos cónyuges o uno solo de ellos, en cuyo caso se dará audiencia de dicha gestión a quien no hubiere suscrito la solicitud. Igualmente, por disposición legal, debe conferirse audiencia que se debe conferir al Patronato Nacional de la Infancia cuando la pareja al momento de otorgar la escritura dispusiera respecto de hijos e hijas menores de edad.

Por su parte, los numerales 841 y 842 ibídem, instauran la posibilidad de que el Patronato Nacional de la Infancia o uno de los cónyuges expongan su oposición a la aprobación del convenio. El primero

de ellos en lo relativo a los acuerdos tendentes a las personas menores de edad, proponiendo el Patronato las modificaciones que estime pertinente, de las que se dará audiencia a los cónyuges para su aceptación o no, esto previo a que el Juez resuelva lo que corresponda, cuidando que los derechos de las personas menores de edad se vean garantizados adecuadamente. Respecto a la oposición de los cónyuges, se tramitará en la vía incidental cuando se fundare en vicios del consentimiento en el convenio celebrado, numeral 842 en concordancia con 821 del Código Procesal Civil.

Como forma anormal de terminar el proceso, el artículo 843 del Código Procesal Civil, establece la posibilidad de que ambos cónyuges, actuando de común acuerdo, soliciten el desistimiento del proceso. Lo anterior sin perjuicio de lo ordenado en el artículo 119 del Código de Niñez y Adolescencia.

No mediando oposición, el Juzgado, en arreglo a lo establecido por el artículo 844 de dicho cuerpo normativo, faculta al Juzgado de Familia para la aprobación del convenio, decretando el divorcio o la separación. Pronunciamiento que tendrá los recursos de apelación y casación y la autoridad y eficacia de cosa juzgada material, salvo respecto del pronunciamiento sobre alimentos, la patria potestad, la guarda, crianza y educación de las personas menores de edad. Este pronunciamiento, una vez firme, será comunicado a los registros correspondientes por medio de ejecutoria.

En el caso en que los cónyuges no hubiesen procreado hijos que a la fecha del otorgamiento de la escritura sean personas menores de edad, la escritura donde se pactan los acuerdos alcanzados respecto a la disolución del vínculo matrimonial o a su separación judicial, debe ser clara al expresar la voluntad de los cónyuges de disolver el vínculo o de separarse, el monto de pensión que un cónyuge debe pagar al otro, si en ello convienen y la propiedad sobre los bienes de ambos o en su caso, la renuncia expresa al derecho de participación que les asiste, acorde con la doctrina del numeral 41 del Código de Familia. Caso contrario, sea si a la fecha del otorgamiento de la escritura de divorcio o separación los cónyuges tienen hijos o hijas menores de edad, deben ser claros en determinar, además de lo citado, cuál de los cónyuges asume la guarda, crianza y educación de los hijos menores de edad y cuál de los cónyuges asume la obligación de

alimentarlos o la proporción en que se obligan ambos. Igualmente es posible establecer un régimen de interrelación familiar entre al cónyuge que no ejerza la guarda, crianza y educación y sus hijos.

Sin embargo, en ambos casos, la escritura donde se pactaron los acuerdos respectivos, debe ser acompañada de la solicitud de homologación suscrita por ambos cónyuges o por al menos uno de ellos, en cuyo caso se dará audiencia por el plazo de tres días al cónyuge que no suscribiese la solicitud de homologación. Igualmente, deben presentarse las certificaciones de divorcio, de nacimiento de los hijos menores de edad y de los bienes muebles e inmuebles inscritos a nombre de cada uno, con certificaciones literales de los bienes constatados en el patrimonio de cada uno de los cónyuges.

Al amparo de los requisitos antes indicados, los juzgadores deben velar por el cumplimiento de cada uno de ellos, dando especial protección y cuidado a aquellos extremos tendentes a las personas menores de edad, esto para ser consecuentes con la tutela que brinda el ordenamiento jurídico costarricense al tema de la familia, utilizando para ello parámetros que escapen a la voluntad de los cónyuges, normas que deben ser observadas en tutela del mejor interés de las personas menores de edad.

Según establecen el Código de Niñez y Adolescencia y la Ley de la Persona Joven, es importante y obligatorio para la autoridad judicial, escuchar la opinión de las personas menores de edad a quienes afecten los convenios divorcio y separación judicial por mutuo consentimiento. Lo anterior, refiere ser una sana y buena práctica que se debe implementar en los Juzgados conocedores de la materia de Familia y por los y las Notarias que autoricen escrituras como las estudiadas. Sin embargo actualmente, resulta ser un criterio encontrado, según la persona juzgadora o quien ejerza la notaría, debido a que carece de certeza la consecuencia jurídica que conllevaría el que una persona menor de edad se oponga, según sus edades e intereses, debido a que no es posible afirmar el rechazo de una escritura ante la ausencia de “aprobación” que sobre él manifiesten las personas menores de edad interesadas, aun y cuando sea en temas como la guarda, crianza, educación, pensión alimentaria y régimen de interrelación familiar en su favor.

7. Función judicial actual (problemática)

Actualmente en Costa Rica, por disposición expresa de ley, artículos 60 del Código de Familia y 839 del Código Procesal Civil, siguientes y concordantes es una obligación para los ciudadanos y las ciudadanas, someter a homologación judicial los convenios de divorcio y/o separación por mutuo consentimiento, por parte de la autoridad judicial competente, a efecto de disolver el vínculo matrimonial o para obtener la separación judicial de dicha relación.

El procedimiento judicial que las personas interesadas deben realizar ante las autoridades jurisdiccionales competentes en materia de familia, representan una cantidad significativa de los procesos circulantes en los Juzgados de Familia y consecuentemente significan una demora considerable en la disposición personal de cada usuario, referidos a su estado civil. Lo anterior pese a que modernamente los asuntos no contenciosos son considerados, donde se realiza una solicitud de aprobación del Juez o Jueza de Familia, escapando a las características propias de un proceso, donde existe litigio y partes encontradas.

Existe una gran cantidad de divorcios y separaciones judiciales por mutuo consentimiento que deben presentarse forzosamente para su homologación ante los Juzgados de Familia, lo que significó, según informe N°072-EST-2011 elaborado por el Máster Franklin González Morales, Jefe de la Sección de Estadística del Poder Judicial, en el año 2010 el 41.9% de los asuntos ingresados en los Juzgados de Familia, en el año 2006 el 36.9%, en el año 2007 el 39.8%, en el año 2008 el 41.9%, en el año 2009 41.9%. Lo que refleja el incremento habido y eventualmente coadyuva con la saturación o congestión en dichos órganos jurisdiccionales produciendo una mayor mora en el tiempo de resolución de esta jurisdicción. Lo anterior fue ilustrado cuantitativamente, basado en la cantidad de los asuntos en estudio que se reportaron ingresados en el Juzgado de Familia del Tercer Circuito Judicial de San José, Despacho tomado como muestra, con el siguiente cuadro:

AÑO	INGRESADOS
2006	668
2007	761
2008	662
2009	702
2010	706
2011	321 (al mes de mayo).

La legislación actual nos obliga a someter a conocimiento judicial absolutamente todo acuerdo relativo a la disolución o separación del vínculo matrimonial por mutuo consentimiento, por lo cual se debe de cumplir con una serie de requisitos legales y judiciales. Con el agravante que estas últimas en ocasiones no se desprenden literalmente del articulado que rige la materia, sino de la experiencia y sana crítica hasta la improvisación de la autoridad judicial, los cuales terminan por saturar el despacho con abundantes prevenciones que por lo demás carecen de recurso en fase previa de aprobación.

Estas prevenciones, taxativas o no, según sea el criterio del Juzgador o la Juzgadora competentes, pueden significar, por su formalidad necesaria, por la ausencia de un certificado e incluso por un error humano notarial, judicial o de alguna de las personas promoventes, una demora de meses e incluso hasta años para obtener el pronunciamiento judicial y así alcanzar libertad de estado o la separación judicial pretendida. Lo que retrasa la tramitación a los demás asuntos propios de la jurisdicción familiar, como son por ejemplo: los procesos especiales para las acciones de filiación, tal y como los denomina el artículo 98 bis del Código de Familia, procesos contenciosos: abreviados de divorcio y de separación judicial, la ejecución de monto alimentario, el ingreso y la salida de bienes al haber ganancial y su necesario pronunciamiento judicial, abreviados de guarda, crianza y educación, sumarios de régimen de interrelación familiar, entre otros. El cuadro anterior, permite inferir que estos convenios implican una gran demora para la administración de justicia. Asimismo, ocasiona a las personas promoventes de cada una de estas solicitudes de homologación, una frustración

respecto al trámite judicial, debido a que la gran cantidad de asuntos no permiten el avance esperado en la administración de justicia.

Para fines judiciales, prácticos y de las personas usuarias y en general la administración de justicia en la jurisdicción de Familia, resulta innecesaria la obligación legal de someter a homologación judicial los convenios de divorcios y de separaciones judiciales por mutuo consentimiento, por parte de la autoridad judicial competente, en los cuales no se tomen disposiciones tendientes a personas menores de edad involucradas. Porque, la obligación de someter a homologación dichas diligencias ante la autoridad judicial competente, incrementa la cantidad de asuntos sometidos a conocimiento de los Juzgados de Familia y provoca en estos despachos judiciales una enorme saturación por la gran cantidad de asuntos para conferirle al acto notarial realizado fuerza de ejecutoriedad, actuación mediante la cual se plasma la expresión de voluntades de los cónyuges, para que la misma pueda ser inscrita en los Registros correspondientes.

Sin embargo, este trámite podría evitarse al eliminar la obligatoriedad de homologación judicial respecto a los acuerdos alcanzados ante funcionario o funcionaria competente, debiendo presentar ese acuerdo de voluntades directamente a los registros correspondientes, sean estos Civil y Nacional, sin necesidad de ser aprobados previamente por un juez o jueza de la república.

8. Función y responsabilidad del notario público.

La función del notario y la notaria pública, se puede conceptualizar y describir como lo siguiente:

“...el notario es un funcionario público especialmente habilitado para garantizar la estricta observancia de los presupuestos básicos previstos por las leyes, que la apariencia documental responda a la verdad e integridad del negocio o acto documentado. Así, el notario ha de asesorar de forma imparcial para que las partes presten su consentimiento debidamente informado...”. (Martínez Escribano, C. 2010: 119).

Por consiguiente, la función de judicializar los acuerdos de divorcio por mutuo consentimiento y de separación judicial por mutuo consentimiento, es innecesaria, porque como se indicó en la cita anterior, parte del deber del notario y la notaria pública es: explicar a las partes de una manera imparcial la realización del acto jurídico y sus consecuencias. Por tal motivo, si las partes no tienen hijos debería de permitirse la disolución del vínculo matrimonial sin la necesidad que las partes tengan que ventilar su ruptura marital ante un Juzgado de Familia.

Por otra parte, al existir un interés social en las actuaciones de los notarios y las notarias, por la naturaleza de sus funciones y la potestad con la que se les inviste, es inevitable que se apeguen al ordenamiento jurídico, porque de lo contrario existen sanciones legales y disciplinarias para aquellas personas que no ejerzan adecuadamente el notariado público, y causen con su acción un perjuicio para alguna persona. Entre dichas sanciones o consecuencias se puede mencionar las siguientes:

I. Penales: El delito de falsedad ideológica se encuentra en el artículo 360 del Código Penal, y versa sobre la introducción de hechos falsos en un documento público. Hecho punible, mediante el cual “...*el bien jurídico a proteger en esta clase de delincuencia lo es la FE PÚBLICA, que no se encuentra circunscrita de manera exclusiva al ámbito procesal o jurisdiccional, sino que –por el contrario- interesa a la sociedad de manera global en cualquier ámbito...*” (Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia votos 2000-1439 y 2013-1256). En igual sentido, se puede mencionar los delitos de falsificación de documento y de uso de documento falso, los cuales están descritos en los artículos 359 y 365 del Código Penal, y que igualmente lesionan el bien jurídico de la fe pública. Del mismo modo, se

exponen a sanciones civiles que son interpuestos en la sentencia del proceso penal, por aplicación de la acción civil resarcitoria, esto por fundamento y aplicación del artículo 41 de la Constitución Política, artículos 39, 111 y 112 del Código Procesal Penal, artículo 103 del Código Penal, artículos 122, 124, 125 y 126 del Código Penal de 1941 (reglas de responsabilidad civil), numerales 1045 y 1048 del Código Civil y, artículos 33, 34 y 35 de la Ley Orgánica del Ministerio Público. Así como también, dichas personas se exponen a la inhabilitación de su función notarial por aplicación del numeral 69 del Código Penal.

II. Disciplinarias: El Código notarial, dispuso mediante el numeral 138 otorgar al Poder Judicial por medio de órganos determinados el ejercicio del régimen disciplinario de los notarios públicos y hacer efectiva la responsabilidad civil por sus faltas, excepto aquellos casos que competen a la Dirección Nacional de Notariado.

“...De conformidad con lo dispuesto en el artículo 21 del Código Notarial, la Dirección Nacional de Notariado es un órgano de desconcentración máxima adscrito al Ministerio de Justicia y Paz, con autonomía administrativa, presupuestaria y funcional...la Dirección Nacional de Notariado será el órgano rector de la actividad notarial y tendrá competencia exclusiva para regular a todos los notarios públicos activos. El órgano encargado de dichas funciones de dirección y emisión de políticas y directrices en el Consejo Superior Notarial...a quien le compete emitir los lineamientos y directrices de acatamiento obligatorio para el ejercicio del notariado y todas las decisiones relativas a la organización, supervisión, control, ordenamiento y adecuación del notariado costarricense...Conforme lo dispuesto en el artículo 22 del Código Notarial, dichos lineamientos, directrices y resoluciones tendrán fuerza ejecutiva...” (Voto 2011-171, Tribunal Contencioso Administrativo, Sección VI).

Por otra parte, de los artículos 138 al 149, 151 del Código Notarial, se desprenden las sanciones correspondientes para aquellos notarios que incumplan lo ahí contemplado. Las sanciones pueden ser de un mes hasta por diez años.

En síntesis, al existir amplia responsabilidad de la persona que ejerce el notariado, de realizar adecuadamente sus funciones, y en caso contrario existe la posibilidad de acudir a la vía penal o disciplinaria, es entonces, que la judicialización se convierte en una segunda instancia de revisión (de forma y fondo) innecesaria, la cual debe conservarse únicamente cuando existan personas menores de edad.

9. Propuesta

Para fines judiciales y prácticos, de las personas usuarias y en general, para la administración de justicia en la jurisdicción de Familia, resulta innecesaria la obligación vigente de someter a homologación los convenios de divorcios y las separaciones judiciales por mutuo consentimiento en los cuales no se tomen disposiciones tendentes a personas menores de edad. Ello por cuanto dichos convenios representan la máxima expresión de voluntad manifiesta por los titulares del derecho humano a su estado civil, ante funcionario público competente e imparcial, obligación que se torna suficiente para la obtención directa de la disolución o separación del vínculo matrimonial, sin necesidad de ser sometidos al proceso judicial que hoy se encuentra de estilo.

De la misma forma en que nace a la vida jurídica el matrimonio, con la expresión de voluntad ante funcionario competente y su consecuente inscripción, debe considerarse su disolución o separación, excluyéndose la obligación de acudir a la vía judicial para aprobación judicial del convenio y su consecuente disolución o separación del vínculo matrimonial, lo que desconoce la libre disposición de un derecho personalísimo como lo es el estado civil, debilitando además la voluntad expresamente manifiesta ante funcionario público en el ejercicio de sus funciones.

La única razón para someter a aprobación judicial los convenios de divorcios y separaciones judiciales por mutuo consentimiento, ausentes de acuerdos relativos a personas menores de edad, es la disposición legal que así lo determina, misma que escapa a todo sustento jurídico y práctico, lo que significa un incremento de al menos, aproximadamente, un 21.8% mensual de los

procesos que ingresan en un determinado Juzgado de Familia, produciendo una importante inversión de recursos institucionales del Poder Judicial y una consecuente demora en la tramitación de éstos y de los demás asuntos que deben ser producto del pronunciamiento judicial.

En vista que las condiciones imperativas deben respetarse y tutelarse por el Estado costarricense, son las tendentes a personas menores de edad, escapando a ellas, la voluntad de disolver o separar judicialmente el vínculo matrimonial, el mantener o renunciar a la pensión alimentaria entre los cónyuges y la disposición de los bienes, aspectos que al eliminar la obligación legal estudiada, no requerirán de la aprobación judicial y que actualmente se pueden ejercer tras su manifestación en la vía correspondiente, producirán una eficaz y libre disposición de parte de las personas interesadas, por ser estos temas de libre disposición, bajo ciertos presupuestos donde se expresen, en apego a derecho, sus voluntades, en tanto no exista prohibición legal al respecto, en pleno ejercicio del precepto constitucional de la autonomía de la voluntad, la que debe prevalecer sobre cualquier otra consideración.

Con la propuesta hecha, esta voluntad que podrán exponer ambos cónyuges ante el o la notaria pública de su elección, quien podrá presentar bajo su responsabilidad, la escritura correspondiente en el o los registros de rigor, producirá una mayor agilidad en el proceso de disolución del vínculo matrimonial o separación judicial, lo que resulta urgente, como solución integral a la problemática expuesta, lo que no solo disminuiría considerablemente la saturación de los Juzgados de Familia, si no que evitaría el nacimiento de nuevos conflictos entre las partes y terceras personas en temas de filiación y de la disposición de bienes acuñados durante la vigencia del vínculo matrimonial o bien la adquisición de nuevos bienes, entre otros.

Por ello es necesario realizar el trámite legislativo requerido a efecto de eliminar la obligación de someter a aprobación los convenios de divorcio y de separación judicial, donde no se alcancen acuerdos tendentes a disposiciones relativas a personas menores de edad, modificando los numerales correspondientes del

Al eliminar la indiscriminada obligación del apruebo judicial, reforzará la autonomía de la voluntad de los costarricenses, reducirá el circulante que se tramita en los Juzgados de Familia del País. Para ello deberá modificarse el inciso 7) y último párrafo del artículo 48 del Código de Familia, inciso 7) del artículo 58 de dicho cuerpo normativo, artículo 60 ibídem y artículo 839, siguientes y concordantes del Código Procesal Civil. Así como el último párrafo del artículo 48 del Código de Familia, suprimiendo la obligación de que el divorcio por mutuo consentimiento deberá presentarse al Tribunal de Familia competente, en la forma indicada en el artículo 60 de esta Ley, salvo en los casos en que se establezcan acuerdos relativos a personas menores de edad, ante lo cual resulta necesaria la tutela ejercida por los Jueces y Juezas de República en torno al interés superior de las personas menores de edad interesadas.

Igual suerte es necesaria para el artículo 60 de dicho cuerpo normativo, cuyo párrafo primero debe indicar que, cuando existan disposiciones relativas a personas menores de edad, los esposos que la pidan deben presentar al Tribunal un convenio en escritura pública sobre los siguientes puntos, siendo optativos los incisos 3) y 4).

Finalmente, es necesario modificar en igual sentido el párrafo primero del artículo 839 del Código Procesal Civil, estableciendo taxativamente que en caso de que sea establezcan acuerdos en torno a los intereses de las personas menores de edad, se deberá presentar al Juzgado de Familia el convenio suscrito por los cónyuges, en escritura pública, sobre los siguientes puntos, siendo optativos los acuerdos relativos a la obligación alimentaria entre los cónyuges y a la distribución de sus bienes.

10. Conclusión:

La reforma propuesta, pretende, que se elimine la obligación de someter a homologación los procesos de divorcio y separación judicial por mutuo consentimiento donde no existan acuerdos tendientes a personas menores de edad que deban ser tutelados forzosamente por el Estado y ello, brindará parte de una solución a la problemática del gran circulante que se maneja en los Despachos Judiciales conocedores de la materia de Familia y consecuentemente reducirá la tensión que viven las personas usuarias del sistema judicial al no tener que acudir a sede judicial para la aprobación judicial, agilizando el trámite y poder acudir así directamente a los Registros correspondientes con el fin de ejecutar la voluntad expresada ante el notario o la notaria pública competente. Por lo demás, disminuiría la gran cantidad de circulante tramitada en los juzgados de familia y habría un mayor aprovechamiento de los recursos humanos y técnicos.

Asimismo, se materializará el ejercicio de la autonomía de la voluntad de los ciudadanos en torno a temas sensibles y delicados como lo son su estado civil, obligación alimentaria y disposición de bienes, esto de una manera más ágil, rápida y fuera del ámbito judicial, salvo cuando sea necesario por la tutela de acuerdos alcanzados en torno a derecho de las personas menores de edad. Además, se traducirá en un impacto directo a la cantidad de asuntos que efectivamente requieren su judicialización, a los cuales se podrán abocar los Tribunales con mayor disposición de tiempo, al no deber realizar el trámite para los asuntos de disolución o separación judicial por mutuo consentimiento.

Del mismo modo, se reducirá el circulante debido a la pronta disolución del vínculo matrimonial y a la práctica disposición de los bienes gananciales, por ello se reducirán los asuntos de filiación, como las declaratorias de hijos e hijas extramatrimoniales, reconocimientos de hijo e hija de mujer casada, impugnaciones de paternidad y procesos tendientes a la declaratoria o exclusión de bienes gananciales y a las uniones de hecho limitadas con ocasión a que uno o ambos convivientes, se mantenga ligado en matrimonio a su consorte, incluso contra su voluntad.

Bibliografía

- Álvarez Alarcón A, Blandido Garrido M y Sánchez Martín P, 2010, **Las crisis matrimoniales. Nulidad, separación y divorcio**. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.
- Camacho Meléndez, I. M. 2008. **Derecho procesal de familia tras las premisas de su teoría general**. San José: Editorial Jurídica Continental.
- Camacho Vargas, E., Jiménez Mata, A., y Benavides Santos, D. 2011. Reflexiones sobre el derecho de familia costarricense. **Sobre el divorcio incausado: la responsabilidad civil de la persona menor de edad, padres, tutores y guardadores desde un enfoque familiar**. San José: Editorial Jurídica Continental.
- Cabanellas de las Cuevas G, 2006, **Diccionario Jurídico Elemental**. Buenos Aires: Heliasta.
- Levy, Lea M; Gelis, Denise, 2011. **Los desafíos del derecho de familia en el siglo XXI. Homenaje a la Dra Nelly Minyersky. Autonomía de la voluntad en las relaciones familiares**. Buenos Aires: Editorial Errapar.
- Martínez Escribano C. 2010. **Control notarial de la legalidad**. España: Editorial Aranzadi S. A.
- Panigadi, M., 2011. **Los principios procesales. El principio de congruencia y la facultad del juez de recalificar la causal de divorcio**. Buenos Aires: Editorial Librería Editora Platense.
- Pons González M y Del Arco Torres M, 2002, **Separación, divorcio y nulidad matrimonial: Régimen Jurídico (Teoría, praxis judicial y formularios)**. quinta edición. España: Editorial Comares.
- Solís Madrigal M, 2008, **El divorcio y la separación judicial por mutuo consentimiento en Costa Rica: análisis normativo y jurisprudencial**, edición 1, Costa Rica. San José: Investigaciones Jurídicas.
- Suárez Pertierra G, Vivo de Undabarrena E, Ciaurriz Labiano M, Regueiro García M, Amerigo Cuervo-Arango F, Ariza Robles A, Rodríguez Moya A, Pérez Álvarez S y Pelayo Olmedo Daniel, 2005, **Derecho Matrimonial Comparado**. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch
- Trejos Salas G. A, Echandi J. F., 2008 **Derecho notarial y registral de la familia**. San José: Editorial Juricentro.
- Trejos Salas G. 1977, **El divorcio y la separación judicial por mutuo consentimiento**. San José: Editorial Juricentro.
- Trejos Salas G., Benavides Santos D. y Ramírez Altamirano M. 2010. **Derecho de Familia Costarricense**. San José: Editorial Juricentro.
- Yee Urbina, L. C., 2003. **El Divorcio por Mutuo Consentimiento en Sede Notarial: Alcances Prácticos**.
- Zannoni, Eduardo A, 1989. **Derecho Civil: derecho de familia**. Volumen 1: Edición 2a. actualizada y ampliada. Buenos Aires: Editorial Astrea.